

La reforma de la legislación urbanística en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

La Ley 8/1990, de 20 de julio, de reforma del régimen urbanístico y valoraciones del suelo (recogida en el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992) ha introducido una compleja regulación en el estatuto jurídico del suelo urbano. Prescindiendo del análisis de la problemática que plantea en cuanto a la situación en la que queda el titular dominical, vamos a circunscribirnos en nuestro comentario a los puntos que han sido objeto de resoluciones por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Tres son las resoluciones que hasta ahora se han ocupado del tema: Resolución de 6 de septiembre de 1991 (*BOE* 14 octubre 1991), Resolución de 4 de febrero de 1992 (*BOE* 5 mayo 1992) y Resolución de 28 de abril de 1992 (*BOE* 4 junio 1992). En estas tres resoluciones se abordan otras tantas cuestiones fundamentales, que, respectivamente, son: el ámbito de aplicación territorial de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, el ámbito de aplicación temporal y —desde una perspectiva **material**— la precisión de cuándo se está ante el supuesto de obra nueva en el caso de constitución de un régimen de propiedad horizontal. Cada uno de estos puntos los analizaremos separadamente, pero permítasenos hacer de entrada una afirmación previa, la de que aunque las soluciones a las que la Dirección General ha llegado son asumibles en gran parte, el camino escogido (es decir, la argumentación jurídica) no ha sido siempre el adecuado y en algún supuesto se realizan afirmaciones susceptibles de una crítica dura.

APLICACIÓN TERRITORIAL DEL ARTÍCULO 25.2 DE LA LEY 8/1990
(art. 37.2 del Texto Refundido de 26-6-1992)

El tema se aborda en la primera de las Resoluciones, la de 6 de septiembre de 1991. En la misma se plantea si los requisitos que se exigen en el artículo 25.2 han de aplicarse en los municipios de menos de 25.000 habitantes. La Dirección General establece:

"2. La solución ha de resolverse en el sentido de que la obtención de los documentos antes indicados [licencia de construcción y certificación de finalización de la obra] ha de ser exigida siempre y cualquiera que sea el número de habitantes del municipio, pues así resulta de la disposición adicional primera, números 1 y 3, en relación con la disposición final primera, número 1, que dispone esta última que tendrán carácter de legislación básica, entre otros, los artículos 11 y 25 de la Ley y que son aplicables según la primera disposición adicional citada al ser disposiciones específicas sobre adquisición gradual de facultades urbanísticas tanto el derecho a construir un edificio como el derecho a la edificación (art. 11, núms. 3 y 4, antes citados).

3. No puede aceptarse la argumentación que expone el recurrente de que tratándose de municipios pequeños es suficiente para el legislador el que sean los Ayuntamientos quienes controlen la situación urbanística dada su inmediatividad y fácil conocimiento de las obras que se efectúen en su término municipal, pues pese a esta mayor facilidad que pudieran tener respecto a los grandes no se excluye por eso la posibilidad de que pasen inadvertidas infracciones urbanísticas en esta materia ni, sobre todo, elimina la actuación del fedatario que ha de colaborar en el control del planeamiento y acción de las Administraciones Públicas para evitar la existencia de edificaciones ilegales que, incluso, pueden llevar al nacimiento de núcleos de población contrarios al orden urbanístico establecido."

Como claramente se deduce de los dos Considerandos transcritos, el régimen de control notarial y registral para las edificaciones establecido en la Ley 8/1990 es aplicable a todos los Municipios, tengan más o menos de 25.000 habitantes. La conclusión es correcta, pero la argumentación en la que se apoya no lo es; muy al contrario, dicha argumentación hace que nazca un gran problema, cual es el de si dicho artículo es aplicable o no a todo el territorio nacional (piénsese en la existencia de disposiciones autonómicas específicas).

La resolución viene a recoger el argumento que aparentemente se extrae de las disposiciones adicionales y finales de la Ley 8/1990 y, sin pararse a pensar en el problema competencial que existe en el fondo del tema, con-

cluye que, dado que el artículo 25 se encuentra dentro de la materia de la adquisición gradual de facultades urbanísticas, se aplica a todos los Municipios con independencia del número de habitantes (1). Ahora bien, en el mismo argumento está su debilidad, ya que afirmar que la aplicación a toda clase de Municipios se encuentra en el solo dato de que el precepto forma parte del sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas es desconocer el sistema competencial establecido en la Constitución española. En efecto, con anterioridad hemos expresado ya esta misma idea (2) destacando que la razón de que se aplique a todo Municipio sin distinción se encuentra en que es un precepto dirigido a regular la conducta de Notarios y Registradores de la Propiedad. No hay que olvidar que la regulación de los Registros (jurídicos) y los instrumentos públicos corresponde en exclusiva al Estado (art. 149.8 de la Constitución) (3), y de dicha competencia no puede desprenderse por el inadecuado mecanismo de decir en una Ley ordinaria (como es la Ley 8/1990) que el precepto que regula la actividad de los Notarios y los Registradores de la Propiedad es sólo de aplicación básica y, por lo tanto, aquella puede ser modalizada y desarrollada en diversa forma por las distintas Comunidades Autónomas (cfr. art. 150 de la Constitución que establece la necesidad de una Ley Orgánica) (4).

(1) Este argumento (además de por otros autores) está expuesto con claridad por JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ en "La inscripción de las declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 601, pág. 528. Las palabras usadas por la resolución hacen pensar en que la influencia de este comentarista ha sido muy directa en este punto concreto.

(2) PIEDAD MARÍA PAREJO-MERINO, *El derecho a edificar y el derecho a la edificación*, Academia Sevillana del Notariado, tomo VI, pág. 442.

(3) Véanse Sentencias del Tribunal Constitucional 56/1990, de 29 de marzo, y 62/1990, de 30 de marzo, a propósito del Registro Civil.

(4) De la misma opinión es RAFAEL ARNAIZ EGUREN, "Aspectos civiles y registrales de la declaración de obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma y Régimen Urbanístico del Suelo de 25 de julio de 1990", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 607, págs. 2194, 2198-2199. Dice este autor:

"... Por ello, defendemos que a todos los preceptos de naturaleza registral le son aplicables dos principios, no discutidos en nuestro Derecho:

— Tienen naturaleza de disposiciones civiles, entendidas éstas en el sentido amplio y comprensivo que resulta de la dicción de los artículos 605-608 del Código Civil, y de la remisión genérica a la legislación hipotecaria contenida en este último.

— Tienen naturaleza de normas específicamente reservadas a la competencia exclusiva del Estado, según resulta de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.º de la Constitución, que incluso acentúa este régimen respecto del resto de la legislación civil al utilizar respecto de tales disposiciones la frase «en todo caso», lo que no ocurre en el inciso primero del párrafo citado."

"... No parece que el artículo 25.2 se refiera directamente a la adquisición de facultades, consecuencia positiva del cumplimiento de deberes urbanísticos, sino a una fina-

El artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo hay que entenderlo en sus justos términos y, so pena de llegar a soluciones no constitucionales, ha de interpretarse en el sentido de que su aplicación básica se circunscribe al número 1 y no al número 2, pues el Estado, mediante el cauce de fijar en una Ley ordinaria cuál es el alcance de las normas, no puede desprenderse de facultades que le corresponden. Así planteada la cuestión no existen obstáculos para señalar la extralimitación competencial en la que ha incurrido la Ley canaria de 14 de mayo de 1990 cuando establece un sistema distinto de actuación notarial y registral respecto de las escrituras de declaración de obra nueva (5).

Existe otro argumento más para sostener que el artículo 25.2 no forma parte del esquema de adquisición gradual de facultades urbanísticas: el carácter voluntario que tiene el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva y su inscripción en el Registro de la Propiedad; cualquiera que sea la postura que se sostenga sobre la naturaleza jurídica de la declaración que se realiza, lo que no puede discutirse es que la misma no es necesaria para que se adquiera la **edificación** que se ha construido. Por lo tanto no puede formar parte de un sistema de adquisición de facultades algo que para nada influye en el mismo, ya que se es igual de dueño se formalice o no documentalmente la **edificación**. Sobre este punto insistiremos posteriormente a la hora de analizar hasta qué punto puede entenderse modificado el sistema establecido en el Código Civil sobre la **accesión**.

La resolución que en este punto comentamos tiene, empero, un aspecto

lidad de colaboración entre instituciones del Estado, por lo que debería haberse situado dentro de la adicional décima."

"... En cuanto a la posible modalización o **modificación** de la norma por las Comunidades Autónomas, no es posible dada la competencia exclusiva y absoluta que la Constitución reserva al Estado en materia notarial y registral. Por tanto, no cabe tampoco su desarrollo, puesto que, por razones de concepto, ya que no de ubicación sistemática, debe considerarse norma de aplicación plena y no de legislación básica, criterio que señala con toda claridad la propia Ley de 25 de julio para su adicional décima."

(5) CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA ha intentado salvar la extralimitación competencial autonómica argumentando sobre el carácter básico del artículo 25 de la Ley 8/1990; pero incluso este mismo autor no puede por menos de reconocer que la Ley canaria está regulando una materia que corresponde al Estado (v. LUIS M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, *Régimen jurídico del suelo en Canarias*, editado por el Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, especialmente págs. 52 y sigs.

Sobre el problema de la legislación autonómica que ha invadido competencias estatales puede verse a JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO, "La nota marginal de la situación urbanística de la finca en la Ley 8/1990 de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo", dentro del volumen *Estudios sobre la Reforma de la Ley del Suelo*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, en especial págs. 55-60.

positivo. Mediante la misma queda superada la criticable doctrina establecida anteriormente (R. 16 noviembre 1981) según la cual el control de la disciplina urbanística era algo que correspondía exclusivamente a las autoridades municipales y urbanísticas, "no correspondiendo al Notario al autorizar la escritura de declaración de obra nueva, ni tampoco al Registrador al ejercitar su función calificadora el entrar en el examen de esta materia, ya que la posible infracción urbanística se produce no por el hecho de otorgarse la declaración de obra, sino porque la construcción no se adaptó a lo ordenado por el planeamiento". Esta tesis es ahora rechazada de plano cuando en el Considerando 3 se dice que no puede aceptarse la argumentación de que en los Municipios pequeños es suficiente que el control lo ejerzan los Ayuntamientos dada su inmediatividad y fácil conocimiento de las obras que se efectúen en el término municipal; y a continuación se destaca que el fedatario "ha de colaborar en el control del planeamiento y acción de las Administraciones públicas para evitar la existencia de edificaciones ilegales".

Esta nueva perspectiva de la actuación de los Notarios y Registradores en el campo del urbanismo implica, como se ha dicho, la superación de anteriores concepciones que al dejar al margen del tema a los mismos únicamente llevaba al ostracismo de su función e, incluso, a una merma de la eficacia social de la documentación y Registros Públicos. No debe olvidarse que el artículo 25.2 tiene un origen muy concreto: el llamado informe "Mac Millan-Scott", que se presentó a la Comisión de peticiones del Parlamento europeo en noviembre de 1988 y que hacía una señalada referencia a estafas inmobiliarias (especialmente en la Costa del Sol española). La colaboración notarial y registral es necesaria para evitar que se cree una falsa apariencia de legalidad, con el subsiguiente peligro de fraude, dado que, en otro caso, podrían darse al mundo jurídico fincas en sentido registral que no existirían en la realidad extratabular.

Esta idea de evitar en lo posible una apariencia de legalidad que pudiese provocar falsas confianzas en terceras personas se encuentra presente también en el artículo 27. Con arreglo al mismo:

"La edificación realizada al amparo de licencia posteriormente declarada ilegal por contravenir la ordenación urbanística aplicable no queda incorporada al patrimonio del propietario del terreno.

La resolución administrativa o judicial que contenga dicha declaración se notificará al Registro de la Propiedad para su debida constancia."

Dejando al margen el comentario del párrafo primero de este artículo, respecto del segundo surge la cuestión de hasta dónde pueden llegar las consecuencias de la declaración de ilegalidad de una licencia, sobre todo si se trata de una construcción que puede haber sido objeto de tráfico jurídico

posterior. Para el análisis de la misma ha de tenerse en cuenta que a pesar de los controles que se establecen en el artículo 25.2 de la Ley 8/1990, no por ello se va a aumentar la protección registral, ya que aunque el artículo 38 de la Ley Hipotecaria hace que deba presumirse que los derechos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, dicha presunción cede siempre ante la comprobación de la realidad extrarregistral y nunca puede servir de soporte para recabar la protección de la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en lo que a los datos físicos se refiere. No obstante, ha de hacerse la observación de que la no constancia por parte de la Administración de la ilegalidad de la licencia sí puede hacer surgir una especial responsabilidad de la misma por el anormal funcionamiento de los servicios públicos por no destruir la apariencia de legalidad que se hubiera creado. Desde esta perspectiva, no debe olvidarse que Notarios y Registradores de la Propiedad ejercen una función pública, que provocan una presunción de legalidad y que, por tanto, su colaboración con el control de la legalidad no debe ser entendida como dificultades añadidas a su tarea, sino consecuencia lógica de la que les es propia.

APLICACIÓN TEMPORAL DEL ARTÍCULO 25.2 (37.2 DEL TEXTO REFUNDIDO).
EL PROBLEMA DEL DERECHO TRANSITORIO

El problema del ámbito de aplicación temporal del artículo 25.2 de la Ley 8/1990 ha sido, sin duda, el más debatido entre los comentaristas y en la práctica diaria. Se aborda en la Resolución de 4 de febrero de 1992, que aunque parece que deja el tema resuelto, no lo hace del todo y, además, realiza algunas afirmaciones discutibles, aunque tiene la virtud de establecer el criterio que es el mayoritariamente compartido y el que en la práctica se estaba aplicando en la generalidad de los casos.

El supuesto de hecho consiste en una declaración de obra nueva cuya escritura es otorgada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo y en la que los interesados manifiestan que la construcción es anterior a dicha entrada en vigor, aportando una licencia de ocupación de fecha de 22 de mayo de 1990 y una certificación extendida por los aparejadores y el arquitecto que dirigieron las obras, visada en 1989, en la que se manifiesta que sobre una determinada parcela ha quedado terminada la edificación de un chalet, que no se describe (hay que señalar que en la escritura se declara la obra nueva de una edificación integrada por dos viviendas).

La Dirección General de los Registros y del Notariado establece:

"2. Es cuestión previa determinar el ámbito temporal de aplicación del artículo 25.2.º de la nueva Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y

Valoraciones del Suelo, y en particular su aplicación a las declaraciones de obra nueva formuladas después de la entrada en vigor de tal Ley cuando se refieran a edificaciones ya concluidas en ese instante (lo que puede ocurrir en el caso debatido como se desprende de la documentación aportada).

La valoración del contenido del artículo 25 de la Ley 8/1990, en conexión con el resto del articulado de ese texto legal, revela de modo ostensible que se están contemplando primordialmente aquellas declaraciones de obra nueva referidas a edificaciones realizadas bajo el nuevo régimen urbanístico; efectivamente, por cuanto se proclama la adquisición sucesiva de las facultades que integran el contenido urbanístico de la propiedad inmobiliaria (vid. art. 11 de esta Ley) y se exige la oportuna licencia ajustada a la legalidad urbanística para la incorporación al patrimonio del titular de las nuevas edificaciones realizadas (arts. 11.4.º, 25.1.º y 27 de esta Ley), adquiere pleno significado la subordinación de la constatación tabular de las nuevas edificaciones a la previa justificación del otorgamiento de la oportuna licencia de edificación y a la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de obra conforme al proyecto aprobado.

3. Ahora bien, tratándose de obras concluidas bajo la vigencia de la legislación anterior, que por efecto del juego automático del instituto civil de la accesión, a medida que se realizaron, pasaron sin más a formar parte integrante del dominio del suelo (si bien si la edificación se hacía con infracciones urbanísticas podía haber lugar a medidas de establecimiento de la legalidad urbanística, y entre ellas a la demolición de lo edificado), no es el artículo 25 de la Ley 8/1990 el que resulta aplicable para regular su acceso al Registro, sino la disposición transitoria 6.ª, que establece que tales edificaciones "se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular", aunque no se hayan realizado de conformidad con la ordenación urbanística entonces aplicable al respecto de ellas, "ya no procede actuar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición". Así pues, y conforme a dicha disposición transitoria 6.ª, para la inscripción de esas edificaciones y una vez que se acredite suficientemente (certificación urbanística administrativa, certificación de los antecedentes que obran en el Colegio profesional, certificación fiscal, etc.) que a la entrada en vigor de la Ley 8/1990 preexistía la edificación (en los términos con que se describe en la escritura la declaración de obra nueva), debe bastar con justificar alternativamente: *a)* Que esa edificación ha sido realizada de conformidad con la legislación urbanística entonces aplicable. *b)* Que, en cualquier caso, ya no son procedentes medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística. El extremo *a)* puede acreditarse por resolución administrativa competente o del modo hoy previsto en el artículo 25.2 de la Ley 8/1990. El extremo *b)* requiere la acreditación de que la edificación ha sido terminada hace más de cuatro años (vid. los arts. 185 LS y 9.º RD-L 16

octubre 1981), siempre que no conste en el Registro de la Propiedad —como es obligado (cfr. DA 10.3 de la Ley 8/1990)— la incoación del expediente de disciplina urbanística."

La Dirección General concluye entendiendo que la licencia de primera ocupación y la certificación que se aporta son pruebas suficientes de que la edificación existía antes de la entrada en vigor de la nueva Ley, pero que no se acredita que haya caducado el plazo para la adopción de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística o que la obra se ajustare a ella, ya que la licencia que se aporta no se corresponde con la obra cuya inscripción se pretende. Por lo tanto se confirma la nota del Registrador. Dicha nota había calificado el defecto como subsanable.

Varios son los puntos que deben analizarse. Para ello distinguiremos entre: a) la opinión de la doctrina antes de la Resolución; b) criterios que ésta establece, y c) análisis de la argumentación que emplea y de las soluciones a las que conduce.

a) *Las distintas opiniones doctrinales*

Este tema ha sido uno de los más discutidos. Inmediatamente que se publicó la norma legal surgió el problema de su ámbito temporal de aplicación, problema que se hizo más llamativo ante lo rocambolesco de la nonnata disposición transitoria 8.^a (6). Las distintas posturas doctrinales destacaron unánimemente que las escrituras de declaración de obra nueva que habían sido formalizadas antes de la entrada en vigor de la Ley podían inscribirse con posterioridad a la misma sin que fuera de aplicación el precepto comentado. Pero la opinión ya no ha sido igual respecto de las escrituras que formalizándose después hacen referencia a edificaciones anteriores. Estas distintas opiniones pueden agruparse de la siguiente manera:

1) La postura mayoritaria ha sido la de entender que la nueva norma no era de aplicación a las construcciones que tuvieran más de cuatro años de antigüedad en el momento de la entrada en vigor de la Ley. De los distintos comentarios puede citarse aquí el de JOSÉ LUIS LASO MARTÍ-

(6) Al respecto hay que señalar que dicha disposición transitoria nunca ha llegado a existir. Fue introducida en el último momento por el Senado mediante vía de enmienda, pero no se aprobó por el Congreso con posterioridad. Lo que ocurrió es que se remitió al *Boletín Oficial del Estado* no el texto que nuevamente debía ser aprobado por el Congreso (art. 90 de la Constitución), sino el que lo había sido en el Senado. El error fue salvado por una extraña corrección de errores realizada en forma lamentable.

NEZ (7), según el cual dado que la disposición transitoria 6.^a admite la patrimonialización de edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley, cuando no se puedan adoptar las medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística permite entender que tales edificaciones, según el esquema legal, están plenamente consolidadas. Y "como el Decreto-Ley de 16 de octubre de 1981 fijó el plazo de cuatro años como máximo para el ejercicio de las facultades de restablecimiento de la legalidad en su artículo 9.º, quiere decirse que si por cualquier medio de prueba resultara que las edificaciones cuentan con más de este plazo de duración resultaría evidente la innecesariedad de la licencia."

Por nuestra parte hemos expresado la misma opinión, precisando que aunque el transcurso de los cuatro años se puede justificar por cualquier medio (acta notarial, documentación fiscal, licencia de ocupación, etc.), no obstante, no es suficiente justificar que han pasado dichos cuatro años, sino que es necesario que el plazo no se hubiere interrumpido, lo cual no se puede acreditar sino con una certificación municipal de que no está tramitándose ningún expediente de disciplina urbanística (8).

2) Postura particular ha sido sostenido por PRETEL SERRANO (9). Según este autor es incorrecto el aplicar la disposición transitoria 6.^a de la Ley a las declaraciones de obra nueva porque ello supone dar por bueno que el contenido del derecho de propiedad viene determinado por el cumplimiento de la legalidad urbanística, cuando el artículo 25 ha de reducirse a sus justos límites y las palabras legislativas han de ser interpretadas no en el sentido de que la disciplina urbanística sea la que condiciona el contenido del derecho de propiedad y las facultades del propietario, sino que lo que significa simplemente es que las consecuencias de la infracción no pueden patrimonializarse, pero precisamente por la infracción cometida, no porque la licencia sea la constituyente del derecho (10). Como consecuencia de ello, dado que el precepto contiene un mandato exclusivamente dirigido a regular la conducta de los Notarios y los Registradores de la Propiedad (11), estos funcionarios

(7) JOSÉ Luis LASO MARTÍNEZ, "La inscripción de declaraciones de obra nueva en la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 601, págs. 521 y sigs.

(8) PIEDAD MARÍA PAREJO-MERINO Y PAREJO, *El derecho a edificar y el derecho a la edificación*, Academia Sevillana del Notariado, tomo VI, págs. 446-447.

(9) JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO, "La intervención del «técnico competente» del artículo 25.2 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 607, págs. 2207 y sigs.

(10) En este mismo sentido, LASO MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pág. 541.

(11) Esta misma argumentación (aunque no extrae las consecuencias anteriores) la utiliza en parte RAFAEL ARNAIZ EGUREN, quien destaca adecuadamente que la disposición transitoria 6.^a no puede aplicarse nada más que al artículo 25.1, pero no al artículo 25.2

han de ajustarse a sus prescripciones desde el momento de su entrada en vigor, pero diferenciando respecto de cada uno de los requisitos que exige. Es decir, la finalidad que persigue el precepto (evitar que puedan cometerse fraudes inmobiliarios o dar apariencia de legalidad a las infracciones urbanísticas) "lleva a la conclusión de que desde el momento en que entró en vigor la Ley el artículo 25 ha de aplicarse a toda declaración de obra nueva cualquiera que sea el tiempo en el que se realizó la construcción; no obstante, ha de hacerse una matización, y es que la anterior afirmación es válida en lo que a la intervención del técnico se refiere, no en cuanto a la existencia de la licencia de edificación, la cual puede suplirse por el transcurso del plazo de cuatro años existente para ejercitar acciones tendentes a restablecer la legalidad urbanística. El argumento lo da no sólo la teleología que ha sido expresada, sino la propia letra del artículo 25, de la que se desprende que el requisito de la intervención del técnico ha de referirse precisamente al momento del otorgamiento de la escritura y, por tanto, es diferenciable en el tiempo del requisito de la licencia" (12).

b) *Criterios que establece la Resolución de la DGRN*

La Dirección General en los dos Considerandos que han sido transcritos anteriormente (v. *supra*) establece los siguientes criterios:

1. Une los números 1 y 2 del artículo 25 de la Ley de Reforma, de tal manera que concluye que el nuevo régimen de declaraciones de obra nueva ha de aplicarse únicamente a aquellas edificaciones sometidas a la nueva normativa del sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas (Considerando 2).

2. Presupuesto lo anterior, entiende que para las construcciones *terminadas* antes de la entrada en vigor de la nueva Ley es de aplicación la disposición transitoria 6.^a y por lo tanto no rige para las mismas el comentado artículo y en ningún caso será de aplicación el requisito de la intervención del técnico competente; pero sí que se cumple la legalidad urbanística o que ya no es posible adoptar medidas de disciplina urbanística. Por ello se establecen distinciones respecto de la forma en que este requisito ha de cumplirse:

- a) Para las construcciones que tuvieron más de cuatro años en el momento de la entrada en vigor de la Ley 8/1990 basta con acreditar el transcurso del período de tiempo aludido, "siempre que no

que es una norma estrictamente registral y notarial pese a su ubicación sistemática. *Aspectos civiles y registrales en la declaración de obra nueva. El alcance y significado del artículo 25 de la Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo de 25 de julio de 1990*, ob. cit., págs. 2157 y sig.

(12) *Ob. cit.*, pág. 2213.

conste en el Registro de la Propiedad la incoación del expediente de disciplina urbanística" (inciso final del Considerando 3). Es decir, basta justificar que ha transcurrido el plazo de cuatro años desde que finalizó la construcción para que no haya de cumplirse ninguna exigencia del artículo 25; dado que durante el período de cuatro años pudo haber iniciado un expediente de disciplina urbanística (en cuyo caso se interrumpe el plazo), ha de justificarse ese extremo negativo y, según la Dirección General, para el Registrador es suficiente con que nada conste en el Registro sobre tal incoación.

- b) Para las construcciones ya realizadas y que tuvieran menos de cuatro años en el momento de la entrada en vigor de la nueva Ley no es necesario que intervenga ningún técnico, pero sí es necesario que se justifique la correspondiente licencia de edificación o que mediante una "resolución administrativa competente" se declare que la construcción ha sido realizada de conformidad con la legalidad urbanística.

Como puede observarse, la Dirección General basa su argumentación en la afirmación de que antes de la nueva Ley había un régimen sustantivo respecto de la accesión distinto al que introduce la nueva normativa, y dado que se afirma en la disposición transitoria 6.^a que si ya no son posibles medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística las edificaciones se entienden incorporadas al patrimonio particular, extrae las consecuencias anteriormente expresadas. Pero esta argumentación, además de ser jurídicamente muy discutible (como veremos a continuación) tiene inconvenientes prácticos. El principal inconveniente se encuentra en que queda sin solucionar el supuesto de las construcciones que siendo de menos de cuatro años de antigüedad en el momento de la entrada en vigor de la Ley vayan posteriormente cumpliendo dicho plazo; según el criterio de la Dirección General nada influirá este sucesivo transcurso del tiempo, pues el cómputo hay que hacerlo precisamente desde el momento de la entrada en vigor del nuevo régimen normativo; pero ello entendemos que no es correcto, ya que la premisa mayor tampoco lo es; es decir, no puede admitirse que la normativa urbanística haya modificado el régimen de la accesión como tan despreocupadamente se afirma en la Resolución. Al análisis de este aspecto pasamos a continuación.

c) *Análisis crítico de la argumentación*

1. Según la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, el artículo 25 de la Ley 8/1990 forma parte en su integridad del

mecanismo de adquisición gradual de facultades urbanísticas y por lo tanto está justificado que se subordine la constatación tabular de las nuevas edificaciones a la previa justificación del otorgamiento de la oportuna licencia de edificación y a la expedición por técnico competente de la certificación de la finalización de obra conforme al proyecto aprobado (final del Considerando 2). Solamente para las obras concluidas bajo la vigencia de la legislación anterior se producía el juego automático de la accesión y pasaban sin más a formar parte integrante del dominio del suelo (comienzo del Considerando 3). Ambas argumentaciones son inexactas.

Por lo que se refiere a la afirmación de que la actuación de Notarios y Registradores de la Propiedad se encuentra incardinada en el mecanismo de adquisición gradual de facultades urbanísticas, ello implica el desconocer que el precepto, a pesar de su colocación sistemática, es un mandato dirigido directamente a regular la conducta de tales funcionarios. Es una competencia exclusivamente estatal (cfr. art. 149.1.8.^a de la Constitución) de la que no puede hacerse dejación mediante una Ley ordinaria, por lo que la afirmación de que el artículo 25 es legislación básica ha de entenderse circunscrita exclusivamente al número 1 de dicho precepto, no al número 2. Este punto quedó ya suficientemente analizado a propósito del ámbito de aplicación territorial.

Más incorrecto es el argumento de que el instituto de la accesión ha quedado modificado por la nueva Ley.

En los artículos 25 a 28 de la Ley de 1990 (arts. 31 a 41 del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992) se regula el llamado "derecho a la edificación", es decir, "la facultad de incorporar al patrimonio la edificación ejecutada y concluida con sujeción a la licencia urbanística otorgada". Supone el último escalón dentro del sistema de adquisición gradual de facultades establecido en la Ley; se realizará (en las previsiones del legislador) la culminación y finalización del proceso urbanístico, de tal manera que a partir de ese instante dejarán de ser aplicables las disposiciones urbanísticas (excepto en lo que a la obligación de conservación se refiere), pues nos encontramos con el producto final del proceso sobre el que recaerá el estatuto de la propiedad inmobiliaria desde una óptica totalmente distinta. Al final del proceso el terreno respecto del cual no se reconocía otra posibilidad de utilización que la rústica o la agraria se ha convertido en un objeto nuevo, respecto del cual, paradójicamente, se habla ya como un bien de consumo (art. 10 LCU).

En los artículos citados quiere introducirse en apariencia un nuevo derecho, pero el sistema de adquisición gradual de facultades no resiste un mínimo de análisis desde el punto de vista de la técnica jurídica. El legislador de 1990 ha establecido que el contenido urbanístico de la propiedad

se integra mediante la adquisición sucesiva de los derechos a urbanizar, al aprovechamiento urbanístico a edificar y a la edificación (cfr. arts. 11 Ley 8/1990 y 23 del TR de 1992). Ahora bien, a pesar de esta terminología legal hemos de analizar cuál es la verdadera naturaleza de estas situaciones (13). El derecho subjetivo para que sea tal ha de tener un sujeto, un objeto y un contenido, y si tales requisitos los aplicamos respecto de los pretendidos derechos urbanísticos puede observarse que no siempre se cumplen, ya que ¿dónde está el objeto y el contenido distintos del que es el objeto y contenido del derecho de propiedad? Los pretendidos derechos a urbanizar y a edificar no son sino facultades integrantes del derecho de propiedad con el que guardan las notas que son propias de las mismas, entre las que hemos de destacar el que carezcan de independencia por estar siempre unidas a una situación jurídica principal.

La conclusión es que si se reconoce el derecho a la propiedad (art. 33 de la Constitución) y se respeta su contenido esencial (arts. 33 y 51 de la Constitución), no puede establecerse una desfiguración del derecho que a través de una ficción legal llevaría a que no se tenga por el propietario el *ius aedificandi*, que es el contenido esencial de su derecho. No puede admitirse la idea de que se va a adquirir la propiedad de lo construido por una especial concesión de la autoridad urbanística y no precisamente por el hecho de que se es propietario. Por ello compartimos la afirmación (relativa al art. 25 de la Ley 8/1990) de que: "... los términos literales, con la expresividad práctica de que sólo si todo va bien la edificación queda incorporada al patrimonio de su titular, son desproporcionados. Debe estimarse fundamentalmente que la trascendencia y singularidad del Derecho urbanístico no destruye todas las instituciones del ordenamiento en base a un "panurbanismo" en el que no se puede caer. Habrá que dar un verdadero sentido a tan pomposa palabra... Un error sustancial de la Ley ha sido confundir el ejercicio obligado de la potestad de restaurar el orden jurídico perturbado con la consolidación patrimonial de las facultades urbanísticas y de los derechos del titular del suelo" (14).

Desde esta perspectiva es desde la que han de interpretarse los artículos de la Ley, y, por tanto, cuando se dice que "la edificación concluida al amparo de una licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística queda incorporada al patrimonio de su titular", en realidad lo que se está explicitando son los requisitos necesarios para que se entienda cumplida la legalidad urbanística, no que del cumplimiento de la legalidad urba-

(13) Sobre este punto, para un análisis más detallado, puede verse mi obra anteriormente citada, *El derecho a edificar y el derecho a la edificación*, pág. 428.

(14) JOSÉ LUIS LASO MARTÍNEZ, *La inscripción de declaraciones de obra nueva...*, ob. cit., pág. 541.

nística vaya a hacerse depender el que el propietario vea modificado el contenido esencial de su derecho.

Aparentemente, en contra de esta idea se encuentra la disposición transitoria 6.^a de la Ley 8/1990 (la 5.^a del Texto Refundido de 1992). No obstante, en realidad lo que esta disposición pone de manifiesto es que la única posibilidad de reacción que cabe contra la infracción urbanística es la disciplina de la misma naturaleza; por ello habla de "medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística"; la expresión de que "se entenderán incorporadas al patrimonio de su titular" las construcciones realizadas conforme a la legalidad urbanística es una auténtica tautología, es decir, una repetición inútil.

Esta idea aparece reforzada si se analizan los artículos 27 y 28 de la Ley de 1990 (40 y 41 del TR de 1992). Según el primero de los preceptos, cuando una resolución administrativa o judicial declare ilegal una licencia deberá notificarse al Registro de la Propiedad para su debida constancia. Ya hemos apuntado anteriormente (v. ámbito de aplicación territorial) que aunque aparentemente se esté reforzando la eficacia registral respecto del cumplimiento de la legalidad urbanística, ello no es así si se piensa en los casos en los que el Registro no llega a entrar en juego; es decir, para el supuesto en el que no se comunique al Registro de la Propiedad la declaración de ilegalidad no por eso va a aumentar la protección registral, ya que aunque el artículo 38 de la Ley Hipotecaria hace que deba presumirse que los derechos existen en la forma determinada por el asiento respectivo, dicha presunción cede siempre ante la comprobación de la realidad extraregistral y nunca puede servir de soporte para recabar la protección de la fe pública.

Por lo que se refiere al artículo 28 (41 del TR), el precepto contempla la hipótesis según la cual el plan de ordenación urbana concede a una parcela un aprovechamiento real superior al que corresponde al propietario con arreglo a las norams de cálculo de aprovechamiento tipo; ante tal situación el propietario debió de adquirir a otro propietario a atribuir de otras parcelas de las que él es dueño a esa parcela nuevas unidades de aprovechamiento, pero, no obstante, no lo ha hecho y ha ejecutado la construcción (siendo esta construcción conforme con la ordenación urbanística); ante tal situación de posible enriquecimiento, más allá de la idea de equidistribución de cargas y beneficios, la Ley impone abonar a la Administración el valor urbanístico del exceso, salvo si se trata de terceros amparados por la protección registral, pues en este caso el pago debe hacerlo el propietario u otras personas que le hayan sucedido. La importancia de este artículo se encuentra en que cuando no hay infracción de la legalidad y por lo tanto no es posible ejercitar medidas de disciplina urbanística, se pone de manifiesto que el propietario hace

suya la edificación por encima de las vacías palabras de adquisición de derecho al aprovechamiento urbanístico, a edificar o a la edificación; es la fuerza del dominio, el derecho de propiedad, el que hace que el propietario quede dueño de lo construido.

La conclusión que ha de extraerse de esta argumentación es que frente a lo dicho por la Dirección General el instituto de la accesión no ha sido modificado y, además, la actuación de Notarios y Registradores de la Propiedad no debe mezclarse con el sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas. Ello tiene importantes consecuencias prácticas como destacaremos.

2. La segunda afirmación que realiza la Dirección General y que es necesario comentar es la de que es obligado que conste en el Registro de la Propiedad la iniciación de expedientes de disciplina urbanística (Considerando 3, inciso final). Ignoramos de dónde se extrae la argumentación (que no se da) para realizar tal afirmación. En la disposición adicional 10.3 de la Ley 8/1990 (art. 307 TR) no se dice que la constancia registral sea obligatoria; el precepto está encabezado por la expresión "serán inscribibles", que no es sino reproducción de la misma expresión del artículo 2 de la Ley Hipotecaria, precepto que puede servir de apoyo para defender el carácter voluntario de la inscripción, pero no el obligatorio. Una cosa es que para destruir la apariencia de legalidad que existe en los libros registrales deba hacerse constar la iniciación de los expedientes de disciplina urbanística a fin de que terceras personas tengan un mejor conocimiento, y otra muy distinta afirmar que dicha constancia es obligatoria, de tal manera que, en otro caso, la eficacia de la disciplina urbanística queda mermada.

Frente a la afirmación de la resolución ha de sostenerse que la no constancia del expediente de disciplina urbanística para nada ha de influir en la protección registral ni tampoco en la actuación del Registrador de la Propiedad.

3. Llega el momento de extraer las consecuencias prácticas de las anteriores argumentaciones; éstas son las siguientes:

- a) Frente a la postura de la Dirección General de que el plazo de cuatro años que permite no tener que justificar que se ha obtenido la oportuna licencia para edificar sólo es aplicable respecto de las obras que tuvieren esa antigüedad en el momento de la entrada en vigor de la Ley 8/1990, sostenemos que también es aplicable a aquellas construcciones que vayan cumpliendo con posterioridad dicha antigüedad, tanto si son anteriores a la nueva norma como si lo son posteriores. Otra cosa supondría confundir el régimen de disciplina urbanística con el estatuto jurídico de la propiedad urbana.

- b) Frente a la afirmación de que es obligatorio la constancia de la incoación de los expedientes de disciplina urbanística en el Registro de la Propiedad a fin de que el Registrador pueda calificar que ha habido interrupción del repetido plazo de cuatro años, sostenemos que el único medio de probar que dicha interrupción no se ha producido es mediante declaración de la entidad que podría haberlo hecho. Es decir, el Registrador de la Propiedad no ha de contentarse con que se le justifique que la construcción tiene más de cuatro años, sino que ha de exigir que se acompañe certificación expedida por la autoridad urbanística de que no se ha incoado ningún tipo de expediente.

APLICACIÓN MATERIAL DEL ARTÍCULO 25.2 (37.2 TR).
EL CONCEPTO DE OBRA NUEVA

A este punto se refiere la Resolución de 28 de abril de 1992. El supuesto de hecho que contempla es el siguiente: Un edificio está inscrito en el Registro de la Propiedad con cuatro plantas de altura y se ha constituido el régimen de propiedad horizontal. En posterior escritura la planta baja se divide en dos superpuestas y se acompaña un certificado del Arquitecto municipal en el que se afirma que el desdoblamiento es conforme con la legalidad urbanística.

La escritura es denegada por el Registrador por entender que han de cumplirse los requisitos establecidos para las declaraciones de obra nueva y por vulnerarse la legalidad urbanística dado que las normas subsidiarias y complementarias de planeamiento sólo permiten cuatro alturas. El Notario, por su parte, sostiene que no hay declaración de obra nueva, sino solamente aplicación de la Ley de Propiedad Horizontal sobre la división de locales y que, además, el certificado del técnico municipal acredita que se cumple con la legalidad urbanística.

La Dirección General establece en su Resolución:

"Primero. La primera cuestión que se plantea es si la división de la planta de un edificio sujeto a un régimen de propiedad horizontal en dos plantas superpuestas, realizada por el dueño, debe ser inscrita como simple acto de división de uno de los locales integrados en este régimen o si ella debe considerarse como modificación de la obra nueva declarada e inscrita y sujeta por tanto al régimen de acceso de una obra nueva al Registro. Es claro que se trata de una modificación que afecta a la estructura esencial del edificio y pone en cuestión si con esta nueva estructura la edificación está ajustada a la legislación urbanística. Son, pues, aplicables para el

acceso de esta modificación del edificio al Registro las prescripciones del artículo 25 de la Ley 8/1990..."

Segundo. Determinado que deben cumplirse las prescripciones establecidas para la obra nueva, queda por decidir si en el presente caso ha quedado acreditado, conforme a las prescripciones aplicables, que el desdoblamiento de una planta en dos se ajusta a la legislación urbanística. Pues bien, para tal fin no es suficiente por sí sola la certificación de un técnico, incluso de un arquitecto municipal. El artículo 25 de la Ley 8/1990 exige una doble titulación: 1.º La licencia de edificación (o la resolución o resoluciones administrativas competentes que hayan alterado sus términos). 2.º El certificado del técnico de que la obra se ajusta al proyecto aprobado..."

"Tercero. Presentes las normas que rigen la eficacia de los actos administrativos, es prematuro el juicio del Registrador por el que sin conocer los términos de la licencia y sus incidencias estima que existe defecto insubsanable, consistente en que el edificio —según estima el Registrador— al tener cinco plantas resulta prohibido por las normas subsidiarias y complementarias del planeamiento. Por los títulos presentados no puede todavía conocerse si hay o no defecto que pueda ser apreciado por el Registrador con el carácter de insubsanable..."

Dos son las cuestiones que han de ser analizadas: a) cuando nos encontramos ante una obra nueva que exigirá el cumplimiento de lo establecido en la normativa urbanística, y b) hasta dónde ha de llegar la calificación notarial y registral en el control de la legalidad urbanística.

A) *Obra nueva urbana*

Saber cuándo nos encontramos ante una obra nueva es decisivo, pues de ello dependerá el necesario cumplimiento o no de los controles establecidos en la Ley del Suelo. Este tema ha sido objeto de comentario con anterioridad en un trabajo ya citado (15) al que seguiremos en este punto.

El concepto de declaración de obra nueva es estrictamente hipotecario y notarial y parecería que la remisión a dicha legislación es suficiente para saber cuándo estamos ante una obra nueva. Pero ni el artículo 208 de la Ley Hipotecaria ni en el 308 del Reglamento Hipotecario se da ningún concepto, sino que simplemente se alude a "nuevas plantaciones" y a "construcción de edificios o mejora de una finca urbana", centrándose la regulación en los tipos, clases o medios a través de los cuales puede lograrse hacer constar

(15) PIEDAD MARÍA PAREJO-MERINO Y PAREJO, *El derecho a edificar y el derecho a la edificación*, ob. cit., págs. 443 y sigs.

en el Registro de la Propiedad la modificación de la finca inmatriculada. Ante esta situación es necesario hacer las siguientes puntualizaciones: 1.^a La Ley 8/1990 no altera para nada los mecanismos registrales, luego ha de seguir estándose a los cuatro procedimientos que se desprenden de la normativa hipotecaria. 2.^a Tampoco se alteran (salvo en lo que es objeto del artículo de la Ley de 1990) los requisitos, entre los que destacan el que sólo puede hacer la declaración quien es titular de la finca. 3.^a Dado que tienen cabida cualesquiera alteraciones de la finca, no existe una determinación de cuáles han de ser los datos que se contengan en la descripción a realizar. 4.^a Debe recordarse que es suficiente con que la construcción esté simplemente comenzada.

Empezando por el final, recordemos que opiniones doctrinales anteriores entendían que para que estuviéramos ante una "construcción comenzada" era suficiente que el edificio hubiera quedado definido mediante la confección y consiguiente aprobación del proyecto correspondiente, elaborado por persona capacitada para ello y aprobado por las autoridades competentes. Así opinaba MANUEL DE LA CÁMARA, y dichas opiniones aparecen reforzadas con la actual regulación, si bien con un notable énfasis en la necesidad de aprobación oficial, ya que para que pueda concederse la licencia de obras (y por lo tanto pueda hacerse la escritura de declaración de obra nueva) es necesario que exista el oportuno proyecto; con ello se introduce una mínima exigencia, pues la escritura notarial y la inscripción registral harán referencia a una construcción que si aún no ha sido realizada por lo menos está autorizada.

La segunda precisión que ha de hacerse se refiere a si el artículo 25.2 (art. 37.2 TR) introduce o no el requisito de que la descripción que se haga de la obra deba contener unas determinaciones mínimas, tanto si se trata de obra finalizada como de obra en construcción. Para contestar a esta pregunta hay que tener en cuenta que para la declaración de obra nueva la legislación hipotecaria y notarial no especifican la forma y el detalle con que ha de hacerse la descripción; por otro lado, también ha de resaltarse el que la declaración de obra nueva normalmente es el paso previo para la constitución del régimen de propiedad horizontal, si bien ambas escrituras e inscripciones no tienen por qué estar conectadas.

Aparece por lo tanto la posibilidad de que la escritura de la declaración de obra nueva sea muy escueta en su descripción y posteriormente en la constitución del régimen de propiedad horizontal (donde ya no se darían los mecanismos de control urbanístico) se llevara a cabo una vulneración de la legalidad urbanística, por ejemplo, señalando un número mayor de pisos (el supuesto de la resolución) o locales de los realmente existentes.

La Ley 8/1990, cuando se trata de obra nueva en construcción, especifica que ha de justificarse que la descripción se ajusta al proyecto para el que se

obtuvo la licencia; y cuando de obra nueva terminada se trata, se habla de que la obra sea conforme con el proyecto aprobado; ¿cuál es el sentido de esas expresiones? Entre dos posiciones extremas posibles cabe una solución intermedia. En efecto, pretender exigir que la escritura notarial recoja todo el proyecto (cuando se trata de obras en construcción) es absurdo, puesto que el mismo contiene especificaciones cuya inclusión para nada sirve de cara al Registro de la Propiedad; además, cuando se trata de obra que ya ha sido realizada, difícilmente existe un acomodo absoluto entre lo proyectado y lo construido. Pero si se quisiera defender la solución contraria, es decir, que la declaración de obra nueva sea muy genérica en sus datos, con ello se podría fácilmente vulnerar la *ratio* del precepto, ya que ante la no expresión de unos mínimos requisitos difícilmente podría decirse que la simple declaración de que se ha construido una edificación no es conforme con el proyecto para el que se dio la licencia. La solución ha de darnosla una interpretación teleológica, de tal manera que si se trata de evitar el posible fraude de que nazcan al mundo registral fincas que no están en la realidad, la declaración de obra nueva ha de contener por lo menos los datos que su inclusión y subsiguiente control eviten aquel peligro; tales datos no pueden ser otros que los de la superficie ocupada (o susceptible de ocupación), el número de plantas de la edificación y el número de unidades máximo que son susceptibles de pasar a ser fincas independientes en una posible propiedad horizontal. Ello puede plantear algún problema en la práctica, puesto que cuando se trata de locales comerciales es frecuente el que constituyan una sola finca en la propiedad horizontal, que posteriormente se irá dividiendo o fragmentando según las compras que sean realizadas.

El inconveniente se salva en el sentido que se desprende de la resolución: podrán realizarse mediante el régimen de la propiedad horizontal todas las alteraciones que se considere conveniente en la descripción, salvo que afecten a la *estructura esencial del edificio*, ya que si así ocurriera nos encontraríamos con que en la dicha propiedad horizontal existiría una declaración de obra nueva encubierta y debería aplicarse el mecanismo de control de la legislación urbanística.

Ahora bien, ¿cuándo estamos ante un supuesto que se regirá exclusivamente por la Ley de Propiedad Horizontal y cuándo será necesario, además, exigir la licencia urbanística y la declaración del técnico competente? La respuesta no es sencilla. Si tenemos en cuenta el artículo 242 del Texto Refundido de 1992 (se corresponde con el 178 del TR de 1976), resulta que están sujetos a licencia las obras de nueva planta y (en lo que aquí nos interesa) la modificación de estructura o de aspecto exterior de las edificaciones. El Reglamento de Disciplina Urbanística de 23 de junio de 1978 especifica que también necesitan licencia las obras que modifiquen la disposición interior de los edificios, cualquiera que sea su uso (art. 1.5).

La solución a la que ha de llegarse es que, dado que el concepto de obra nueva es muy amplio ("construcción de edificio o mejora de finca urbana" según el art. 208 LH), también ha de darse una respuesta que lleve a un control amplio. No obstante, intentaremos hacer dos distinciones:

1) No ha de existir duda en exigir que toda alteración que se haga de la descripción de la estructura del edificio (nuevas plantas, nueva superficie, construcciones anejas...) exigirá que además del cumplimiento de la normativa sobre propiedad horizontal (si la misma está constituida) deba cumplirse con la normativa del comentado artículo 25.2 de la Ley 8/1990 (actual art. 37.2 TR), y ello aunque no se realice la alteración de la descripción mediante una expresa declaración de obra nueva, sino sólo a través del régimen de propiedad horizontal, ya que dicha declaración de obra nueva se estará haciendo en forma embebida en los títulos referentes al inmueble (art. 308.1.º RH).

2) Para aquellos supuestos en los que los pisos o locales se dividen para formar otros más reducidos e independientes, o se aumentan o disminuyen por agregación o segregación, hay que diferenciar. Si la escritura se limita a hacer la oportuna modificación en el título constitutivo pero no altera la descripción de la distribución interna (por ejemplo, agregación de dos pisos colindantes respecto de los cuales no se ha hecho —o no se indica que se haya hecho— ningún tipo de obra), solamente habrá que tener en cuenta las exigencias de la normativa de la propiedad horizontal (art. 8 de su Ley especial).

Pero si la escritura sólo afecta al título de la propiedad horizontal (cuotas, número de elementos, etc.), sino también a la estructura del edificio (apertura de nuevas salidas a elementos comunes, alteración de la descripción interior de los pisos o locales, etc.), dado que estamos ante una obra respecto de la que se exige la preceptiva licencia, habría que concluir la aplicabilidad de los mecanismos de control notarial y registral para el acceso al Registro de la Propiedad.

Esta solución puede suponer un cierto retraimiento de los particulares a la hora de formalizar las escrituras de obra nueva que afecten a pequeñas modificaciones. Por ello es necesario realizar mayores puntualizaciones. Hay que recordar que el concepto de obra nueva desde el punto de vista hipotecario no tiene por qué coincidir con el de "obra que necesita licencia" desde el punto de vista urbanístico, de tal manera que determinados supuestos que necesitan licencia de obra para llevarlos a cabo, hipotecariamente podrían entenderse como simples modificaciones de descripción de las fincas (que cuando se trata de propiedad horizontal ha de ser más completa —R. 22 diciembre 1986—), sin llegar a tener la consideración de declaración de obra nueva y, por lo tanto, sin necesidad de que Notarios y Regis-

tradores de la Propiedad tengan que entrar a controlar la legalidad urbanística de las pequeñas modificaciones que no supongan una alteración esencial del edificio. Si dicha legalidad urbanística no se hubiere cumplido, siempre será posible adoptar medidas de disciplina, incluso con reflejo registral (art. 307.3 TR 1992).

Para una mayor claridad sugerimos desde aquí que en la necesaria reforma del Reglamento Hipotecario que ha de hacerse se establezca la no aplicabilidad del artículo 25.2 (actual 37.2) a este tipo de pequeñas obras de reforma interior; ello no supondría vulnerar la jerarquía normativa, puesto que, como hemos visto, el concepto de obra nueva hipotecario es independiente del de obra en sentido urbanístico y, además, la exigencia de licencia para este tipo de obras deriva no tanto de la Ley como del Reglamento de Disciplina Urbanística.

B) *Alcance del control de la legalidad urbanística por Notarios y Registradores de la Propiedad*

El comentario de este punto viene motivado por la afirmación que hace la Dirección General de que el Registrador de la Propiedad no puede calificar como defecto insubsanable el levantar cinco plantas en un edificio cuando, según las normas complementarias y subsidiarias de planeamiento, sólo son posibles cuatro.

Lo que se desprende de esta afirmación es que la colaboración de Notarios y Registradores de la Propiedad han de prestar no ha de llegar al extremo de asumir las competencias que a otros órganos corresponde. Con anterioridad hemos dicho (16) que Notarios y Registradores de la Propiedad no son los órganos a los que compete el control de la legalidad urbanística, aunque se recabe su colaboración, de tal manera que su actuación no ha de llegar al extremo de calificar el contenido y legalidad de la licencia municipal, sino que únicamente han de examinar aquello que se desprende del artículo 25.2, es decir, el que la licencia que se ha concedido lo es precisamente para la finca sobre la que se realiza o va a realizar la construcción. Lo relativo a la coincidencia entre la licencia y la descripción de la obra nueva ha de entenderse que queda bajo la responsabilidad del técnico que certifica dicho extremo. Tampoco es posible la apreciación de la caducidad de la licencia por los Notarios y Registradores, dado que la misma ha de ser formalmente declarada (art. 35.2 TR). Si se trata de obra que ya está construida no existe hoy posibilidad de averiguar si existe o no caducidad, por muy antigua que la licencia fuere, ya que la declaración de obra nueva

(16) Última obra citada, pág. 447.

no es obligatoria; ahora bien, si se trata de obra en construcción y se observa que la misma no se ha finalizado todavía a pesar de que ha transcurrido en exceso el plazo señalado en la licencia (art. 35.1 TR), una medida de prudencia puede consistir en exigir del declarante que exprese formalmente que no se ha declarado la caducidad de la licencia, ya que ello equivaldría a su falta según se deduce del artículo 36 del nuevo Texto Refundido.

PIEDAD MARÍA PAREJO-MERINO Y PAREJO

Notario.
Doctor en Derecho